

WYROK
z dnia 10 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2018 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Transbud Kruszywa PROMEX P. N., ul. Nowowiejskiego 18, 84-240 Reda (pełnomocnik) i [2] Wspólne Przedsiębiorstwo PROMEX T. C., M. C. Sp. j., ul. Dywizjonu 303/3, 83-300 Pruszcz Gdański** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego 18 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Jana III Sobieskiego 277, 84-200 Wejherowo**

przy udziale **wykonawcy Q-BART B. K., Al. Grunwaldzka 164/8, 80-258 Gdańsk** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 1470/180 po stronie **zamawiającego**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Transbud Kruszywa PROMEX P. N., ul. Nowowiejskiego 18, 84-240 Reda (pełnomocnik) i [2] Wspólne Przedsiębiorstwo PROMEX T. C., M. C. Sp. j., ul. Dywizjonu 303/3, 83-300 Pruszcz Gdański i:**

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Transbud Kruszywa PROMEX P. N., ul. Nowowiejskiego 18, 84-240 Reda (pełnomocnik) i [2] Wspólne Przedsiębiorstwo PROMEX T. C., M. C. Sp. j., ul. Dywizjonu 303/3, 83-300 Pruszcz Gdański** tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Transbud Kruszywa PROMEX P. N., ul. Nowowiejskiego 18, 84-240 Reda (pełnomocnik) i [2] Wspólne Przedsiębiorstwo PROMEX T. C., M. C. Sp. j., ul. Dywizjonu 303/3, 83-300 Pruszcz Gdański** na rzecz zamawiającego **18 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Jana III Sobieskiego 277, 84-200 Wejherowo** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i 2018) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający 18 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Jana III Sobieskiego 277, 84-200 Wejherowo wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Eksploatacja zlecona systemu ciepłego kotłowni w obiektach administrowanych przez 18 WOG« z podziałem na 4 zadania.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 26.04.2018 r. pod nrem 2018/S 81 – 181729.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i 2018) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 18.07.2018 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Q-BART B. K., Al. Grunwaldzka 164/8, 80-258 Gdańsk (dalej wykonawca Q);
- 2) wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Transbud Kruszywa PROMEX P. N., ul. Nowowiejskiego 18, 84-240 Reda (pełnomocnik) i [2] Wspólne Przedsiębiorstwo PROMEX T. C., M. C. Sp. j., ul. Dywizjonu 303/3, 83-300 Pruszcz Gdański, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] Transbud Kruszywa PROMEX P. N., ul. Nowowiejskiego 18, 84-240 Reda (pełnomocnik) i [2] Wspólne Przedsiębiorstwo PROMEX T. C., M. C. Sp. j., ul. Dywizjonu 303/3, 83-300 Pruszcz Gdański, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wnieśli 26.07.2018 r. do Prezesa KIO odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie II i III.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu wykluczenie odwołującego i tym samym naruszenie w zadaniach II i III:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez uznanie, że odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, zataił te informacje, a także w wyniku lekkomyślności lub rażącego niedbalstwa przedstawił informacje

wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego;

- 2) art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz zasady proporcjonalności, polegające na tym, że zamawiający bezpodstawnie wykluczył odwołującego z postępowania o udzielenia zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienia odwołania i nakazanie dokonania:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego z 18.07.2018 r. wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie zadania II i III;
- 2) ponownego badania i ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego w zakresie zadania II i III;
- 3) zasądzenie na rzecz odwołującego od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania, z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego, według zestawienia kosztów złożonego podczas rozprawy.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych naruszeń przepisów ustawy Pzp. Oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza w zakresie zadania II i gdyby zamawiający działał prawidłowo przez niedokonanie wykluczenia odwołującego, to odwołujący uzyskałby zamówienie, bowiem zostały złożone jedynie dwie oferty na to zadanie. W przypadku zamówienia na realizację zadania III również zostały złożone dwie oferty, jednak zamawiający unieważnił czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Ekol – Kot Systemy Grzewcze Z. N. (dalej wykonawca E), uwzględniając w całości zarzuty odwołania Wykonawcy. Powyższe dowodzi o spełnieniu przesłanki do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 Pzp.

Argumentacja odwołującego

Odwołujący w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego złożył ofertę na świadczenie usług w zadaniu II – Sekcja Obsługi Infrastruktury – Wejherowo i zadanie III – Sekcja Obsługi Infrastruktury – Gdynia Grabówek.

19.06.2018 r. odwołujący został poinformowany przez zamawiającego, że jego oferta w zakresie realizacji Zadania II została wybrana jako najkorzystniejsza. W przedmiotowym postępowaniu ofertę złożył również inny wykonawca Q. Wykonawca Q 22.06.2018 r.

zawiadomił zamawiającego, że odwołujący powinien być w zakresie Zadania II wykluczony, gdyż złożył nieprawdziwe oświadczenie w części III ust. C jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej JEDZ). W tej części oświadczenia odwołujący wpisał „nie”, a powinien wpisać „tak”, co zdaniem wykonawcy Q wynika z załączonego jako dowód wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO) z 10 października 2017 r., sygn. akt KIO 2003/17, który to wyrok potwierdza, że odwołujący „był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji kryteriów kwalifikacji”.

Zamawiający pismem z 27.06.2018 r. zawiadomił odwołującego o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i o powtórzeniu czynności badania i oceny oferty (dowód: pismo zamawiającego z 27.06.2018 r.).

W zakresie realizacji Zadania III odwołujący został powiadomiony pismem z 18.06.2018 r., że oferta wykonawcy Ekol-Kot Systemy Grzewcze Z. N. Gdańsk (dalej wykonawca E) została wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł odwołanie od przedmiotowej czynności do KIO, zarzucając zamawiającemu niewykluczenie wykonawcy E ze względu na naruszenie, m.in. przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp. Zamawiający uznał w całości zarzuty odwołania, jednak wykonawca E zgłosił sprzeciw oraz wystąpił do KIO zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. KIO wyrokiem wydanym 13 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1278/18 uwzględniła odwołanie odwołującego, unieważniając wybór najkorzystniejszej oferty oraz wykluczając wykonawcę E z udziału w postępowaniu i nakazując ponowne badanie i ocenę pozostałych ofert (dowód: wyrok KIO z 13 lipca 2018 r.).

Zamawiający pismem z 6.07.2018 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia zawartego w JEDZ, a w szczególności dotyczących odpowiedzi na pytanie, czy „był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji kryteriów kwalifikacji”, w kontekście zaznaczenia przez odwołującego odpowiedzi „nie” oraz treści uzasadnienia wyroku KIO z 10 października 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2003/17, zamawiający wyznaczył odwołującemu bardzo krótki termin [3 dni – przyp. Izba] do złożenia wyjaśnień i pomimo wniosku o jego wydłużenie (urlop właściciela firmy), wniosek nie został uwzględniony (dowód: pismo zamawiającego z 6.07.2018 r.).

Odwołujący pismem z 9.07.2017 r. w nawiązaniu do zobowiązania zamawiającego zaprzeczył, m.in., jakoby był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji

kryteriów kwalifikacji. Ponadto odwołujący wskazał, że przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp znalazły swoje zastosowanie w konkretnym postępowaniu i tylko w tym postępowaniu mogły bezpośrednio skutkować wykluczeniem. Odwołujący zwrócił uwagę na to, że sam fakt wykluczenia odwołującego z konkretnego postępowania stanowi wystarczającą sankcję dla podmiotu, którego pracownik popełnił błąd przy redagowaniu »Wykazu osób«. Jednocześnie odwołujący podniósł, że przepis określający okres obowiązywania wykluczenia nie wskazuje podstawy wynikającej z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp (dowód: pismo odwołującego z 9.07.2018 r.).

Zamawiający pismem z 18.07.2018 r. zawiadomił odwołującego o wykluczeniu odwołującego z postępowania w zakresie Zadania II i III (dowód: pismo zamawiającego z 18.07.2018 r.).

W uzasadnieniu tego pisma zamawiający wskazał, m.in., że odwołujący w wyniku zamierzonego działania i rażącego niedbalstwa przedstawił zamawiającemu nieprawdziwe, wprowadzające w błąd informacje, na podstawie których zamawiający pierwotnie uznał, że wobec odwołującego nie zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania. Informacje te miały wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu, gdyż pierwotnie dokonano wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie Zadania II.

Zamawiający wskazał ponadto, że odwołujący nie skorzystał z procedury określonej w art. 24 ust. 8 Pzp, tj. tzw. samooczyszczenia, bowiem wiedząc o istniejącej podstawie wykluczenia mógł samodzielnie przedstawić dowody na podjęcie środków gwarantujących rzetelność odwołującego, co miałyby świadczyć na korzyść odwołującego.

Odwołujący wnosi odwołanie na czynność zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania z niżej wymienionych powodów.

Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez uznanie, że odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, zataił te informacje, a także w wyniku lekkomyślności lub rażącego niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Wbrew twierdzeniom zamawiającego zawartym w uzasadnieniu zawiadomienia o wykluczeniu odwołującego z 18.07.2018 r. nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Odwołujący przyznaje, że w oświadczeniu zawartym w części III: Podstawy wykluczenia lit. C JEDZ dotyczącym lit. a był winny poważnego wprowadzenia

w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji zaznaczył odpowiedź: „nie”.

W ocenie odwołującego składając oświadczenie tej treści odwołujący nie naruszył przytaczanych wyżej przepisów. Abstrahując od kwestii oceny przesłanki „winny poważnego naruszenia wprowadzenia w błąd”, odwołujący zwraca uwagę na następujące okoliczności związane ze stosowaniem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp w kontekście składania oświadczenia, o którym mowa jest w formularzu JEDZ.

Odwołujący wypełniając formularz JEDZ i składając oświadczenia określonej treści posługiwał się aktualną Instrukcją wypełniania JEDZ, opracowaną przez Urząd Zamówień Publicznych. Przedmiotową Instrukcję, zgodnie z wyjaśnieniami UZP należy traktować jako materiał pomocniczy dla wykonawców i zamawiających, który to materiał może być przydatny w związku z procesem udzielania zamówień publicznych. Instrukcja ta zgodnie z informacją UZP może podlegać uzupełnieniu lub modyfikacji, w celu ułatwienia stosowania formularza JEDZ, mając na względzie praktyczne aspekty związane z oceną wykonawców, jak również aktualne orzecznictwo w tym zakresie.

Zgodnie z postanowieniami Instrukcji UZP (str. 43) zawarto pytanie: „Czy wykonawca może potwierdzić, że nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji”. W rubryce zawierającej wskazówki UZP co do sposobu wypełnienia tej części dokumentu wskazano, że: „W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie wprowadzenia w błąd zamawiającego w niniejszym postępowaniu”.

(dowód: Instrukcja wypełniania JEDZ – str. 1, 43 i 44).

Odwołujący wypełniając stosowne rubryki formularza postąpił zgodnie z cytowanymi wyżej postanowieniami Instrukcji UZP wypełniania JEDZ. Nie powinien budzić żadnych wątpliwości fakt, że postanowienie dotyczące „winy poważnego wprowadzenia w błąd” nie dotyczy nieokreślonych w zakresie czasowym postępowań, które miały miejsce w przeszłości, ale tego konkretnego postępowania, tj. rozpoznawanego postępowania, w którym odwołujący składa określonej treści oświadczenia.

W formularzu Instrukcji UZP nie została użyta forma czasu przeszłego w sformułowaniu „był winny poważnego wprowadzenia w błąd”, ale forma czasu teraźniejszego: „nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd”.

Niezależnie od wagi pozostałej argumentacji wskazującej na ocenę skutków złożenia oświadczenia „tak” lub „nie” w tym miejscu formularza JEDZ, należy uznać *a priori*, że postępowaniu wykonawcy, który sporządza dokument zgodnie z opracowaną przez właściwy urząd [UZP] Instrukcją UZP wypełniania nie można zarzucić nieprawidłowości, a tym

bardziej, jak to czyni zamawiający – wprowadzenia w błąd w wyniku zamierzonego działania, rażącego niedbalstwa, niedbalstwa lub lekkomyślności.

W treści rubryk formularza JEDZ dotyczących konkretnych podstaw wykluczenia wykonawcy zamieszczone są informacje o możliwości przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez wykonawcę środki są wystarczające do wykazania rzetelności wykonawcy, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy, zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp. Na przykład: „W przypadku skazania, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu wykazania swojej rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia (22) („samooczyszczenie”). Jeżeli tak, proszę opisać przedsięwzięte środki”. Brak jest takiej rubryki w części formularza JEDZ dotyczącej oświadczenia odnośnie wprowadzenia w błąd i nawet, przy założeniu, że wykonawca chciałby skorzystać z procedury samooczyszczenia, to powstaje pytanie dotyczące formy, w jakiej powinien to uczynić.

Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126) nie określa rodzaju dokumentu, który w tego rodzaju sytuacji powinien ewentualnie przedstawić wykonawca, który zamierzałby skorzystać z procedury przewidzianej w art. 24 ust. 8 Pzp.

Odwołujący podziela pogląd wyrażony w artykule Ewy Wiktorowskiej „Podstawy wykluczenia wykonawcy (art. 24 Pzp) (część II)”, opublikowanym w kwartalniku „Buduj z Głową” (BzG 2/2017), zgodnie z którym, „w przypadkach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, zastosowanie procedury samooczyszczenia wydaje się niezgodne ze zdroworozsądkowym myśleniem, gdyż trudno sobie wyobrazić sytuację, w której wykonawca przed złożeniem oferty w konkretnym prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zarówno wprowadził zamawiającego w błąd, jak też zdążył się samooczyścić”.

Wskazana wyżej argumentacja stanowi podstawę do sformułowania postulatu *de lege ferenda* o potrzebie doprecyzowania przepisów w zakresie stosowania przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania, z ewentualnym uwzględnieniem zdefiniowania okresu wykluczenia i precyzyjnego określenia sposobu zastosowania procedury samooczyszczenia. Zważywszy jednak na wykładnię stosowaną przez UZP w zakresie Instrukcji wypełniania JEDZ, to wypełnienie formularza przez wykonawcę w sposób zgodny z zaleceniami nie może stanowić podstawy do dodatkowego

sankcjonowania tego wykonawcy. Wykluczenie odwołującego z udziału w poprzednim postępowaniu stanowi bardzo dotkliwą i wystarczającą karę za *de facto* pomyłkę pracownika przygotowującego *Wykaz osób*.

Nie można zgodzić się z zamawiającym, że odwołujący błędnie rozumie znaczenie przepisu art. 24 ust. 7 Pzp. Zgodnie z art. 24 Pzp zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę:

- 1) jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia uprawomocnienia się wyroku potwierdzającego popełnienie wykroczenia przeciwko prawom pracownika lub przeciwko środowisku, chyba że w tym wyroku został określony inny okres wykluczenia;
- 2) jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna, w przypadku wykluczenia na podstawie wydanej prawomocnej decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym;
- 3) jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, w przypadku przesłanek:
 - a) zawinionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, podważającego uczciwość wykonawcy;
 - b) niewykonania lub nienależytego wykonania w istotnym stopniu wcześniejszej umowy z zamawiającym, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Żadna z cytowanych wyżej regulacji w sposób bezsporny nie przewiduje terminu obowiązywania wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp. W ocenie odwołującego celem racjonalnego ustawodawcy z całą pewnością nie było bezterminowe sankcjonowanie podmiotu, który, np. na skutek pomyłki pracownika nie mającej cechy winy umyślnej przedstawi informację wprowadzającą w błąd zamawiającego. Takiego drastycznego skutku nie niosą w praktyce, np. skutki wydania prawomocnego wyroku przeciwko wykonawcy, czy też prawomocnego orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie wobec podmiotu zbiorowego. Owszem, wykonawca może zainicjować procedurę samooczyszczenia, ale nie ma też żadnej gwarancji, że zostanie ona dla niego pozytywnie zakończona, m.in. ze względu na stopień uznaniowości ze strony zamawiającego. W praktyce takie rozumienie przepisu może doprowadzić do sytuacji, gdy wykonawca z powodu błahej przyczyny zostanie w sposób trwały wyeliminowany z możliwości realizacji zamówień podlegających reżimowi ustawy.

Nowelizacja ustawy w zakresie instytucji wykluczenia, służyć miała, m.in. wskazaniu obu stronom, po jakim czasie błędy wykonawcy nie mogą mieć znaczenia w postępowaniu. Właściwa wykładnia stosowania przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp powinna prowadzić do wniosku, że tych przypadkach nie bada się

zaistnienia takich zdarzeń w okresie dłuższym, niż dane postępowanie. Zatem wykluczenie wykonawcy następuje, jeżeli zdarzenie miało miejsce w prowadzonym postępowaniu.

Zamawiający uzasadniając swoją decyzję w zakresie wykluczenia odwołującego z obszaru Zadania II i III w żaden sposób nie rozgranicza tej sytuacji, uznając, że wykluczenie, które miało miejsce w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Portu Wojennego w Gdyni w ubiegłym roku miałoby skutkować ponownym wykluczeniem. Uzasadniając ponowne wykluczenie zamawiający posługuje się tą samą argumentacją, która została zastosowana w postępowaniu nr 53/KPW/INF/2017, pomimo tego, że ocena powinna dotyczyć wyłącznie tego konkretnego postępowania, a nie poprzedniego postępowania, w którym brał udział odwołujący, zamawiający w sposób nieuzasadniony przypisuje odwołującemu zamierzone działanie i rażące niedbalstwo przy przedstawianiu informacji zawartej w JEDZ.

W ocenie odwołującego argument, że przesłanka wykluczenia z postępowania, określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp dotyczy tego danego postępowania, a nie wcześniejszych postępowań potwierdza wykładnia literalna przepisu, który posługuje się sformułowaniem „w postępowaniu o udzielenie zamówienia”. W tym kierunku wydaje się iść także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z 2 lutego 2017 r. (KIO 99/17; KIO 100/17) Izba zauważyła: „Jednocześnie Izba wskazuje, w kontekście podniesionych w obu odwołaniach zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, że aby mogło dojść do ich potwierdzenia w ramach środków ochrony prawnej konieczne jest podważenie prawdziwości złożonych w postępowaniu oświadczeń wiedzy (zazwyczaj złożonych przy wykorzystaniu formularza JEDZ), z uwzględnieniem odmienności procedury przewidzianej w art. 24aa ust. 1 Pzp”. Z uzasadnienia wynika, że KIO odnosi przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp do danego konkretnego postępowania, w którym wydaje rozstrzygnięcie.

Na marginesie powyższych rozważań odwołujący podtrzymuje swoje wyjaśnienia co do okoliczności złożenia *Wykazu osób* w postępowaniu o udzielenie zamówienia nr 53/KPW/INFR/2017 i oceny dotyczącej „wagi” wprowadzenia w błąd zamawiającego w tym postępowaniu.

2. Naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz art 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz zasady proporcjonalności, polegające na tym, że zamawiający bezpodstawnie wykluczył odwołującego z postępowania.

Wykluczenie odwołującego z prowadzonego postępowania o zamówienie publiczne z zakresu Zadania II i III w oparciu o przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 Pzp prowadzi do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz zasady proporcjonalności. W orzecznictwie TSUE „proporcjonalny” jest używane w znaczeniu

„zachowujący właściwą proporcję”. W wyroku z 16 września 1999 r., C-414/99 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, Trybunał podkreślił, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności polegającego na wykazaniu, czy podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania.

Eliminowanie z toczącego się postępowania i to w sposób bezterminowy wykonawcy, który w przeszłości został wykluczony na podstawie art. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp narusza opisaną wyżej zasadę oraz cel, jaki zamierza osiągnąć zamawiający. Celem tym jest wybór wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego. Zasada proporcjonalności oznacza nie tylko odpowiednie ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji czy kryteriów oceny ofert, tak aby zamawiający zapewnił sobie jak najszerszy krąg podmiotów, z których dokonuje wyboru, ale krąg ograniczony jednocześnie do podmiotów, które dają największą gwarancję należytego wykonania zamówienia. Zasada proporcjonalności oznacza także, że wszędzie tam, gdzie ustawodawca nadał zamawiającemu prawo stosowania sankcji, zamawiający spośród dostępnych mu środków sankcyjnych musi wybrać takie, które są odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celów, których to środków realizacja dopuszczalna jest przy pomocy danej regulacji. Przy czym w razie istnienia kilku odpowiednich środków należy wybrać te, które są najmniej uciążliwe, nadto nałożone obciążenia muszą pozostawać w odpowiednim stosunku do zamierzonych celów.

Zasady te w przedmiotowym postępowaniu zostały w sposób rażąco naruszone.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 24.07.2018 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 25.07.2018 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

27.07.2018 r. wykonawca Q-BART B. K., Al. Grunwaldzka 164/8, 80-258 Gdańsk złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu

przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 06.08.2018 r. (art. 186 ust. 1 Pzp).

Argumentacja zamawiającego:

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Ad zarzutu 1: naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz art 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez uznanie, że odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, zataił te informacje, a także w wyniku lekkomyślności lub rażącego niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego.

Zamawiający stwierdził, że UZP w instrukcji wypełnienia JEDZ wskazał, że jest to tylko materiał pomocniczy dla wykonawców. W części III lit. C JEDZ są różnice w rozumieniu zakresu użycia czasu teraźniejszego, które zdaniem zamawiającego odnosi się do wszystkich postępowań, a zdaniem odwołującego tylko do bieżącego postępowania. Zawężająca interpretacja nie pozwala na uzyskanie rękojmi należytego wykonania zamówienia w przyszłości.

Ad zarzutu 2: naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz zasady proporcjonalności, polegające na tym, że zamawiający bezpodstawnie wykluczył odwołującego z postępowania o udzielenia zamówienia publicznego.

Zasada proporcjonalności – ze względu na brak wskazania w ustawie innej sankcji niż wykluczenie za naruszenie przez wykonawcę art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp – nie została naruszona. Również sam odwołujący nie wskazał możliwości zastosowania innej sankcji niż sankcja wykluczenia.

Zdaniem zamawiającego, zamawiający zrobił wszystko aby nie wykluczać odwołującego z postępowania i wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron przekazanych pisemnie i stanowisk stron

zaprezentowanych ustnie podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp – przez uznanie, że odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, zataił te informacje, a także w wyniku lekkomyślności lub rażącego niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego oraz zarzut drugi naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp – przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz zasady proporcjonalności, polegające na tym, że zamawiający bezpodstawnie wykluczył odwołującego z postępowania o udzielenia zamówienia publicznego – nie mogą zasługiwać na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołanie dotyczy zadań II i III.

Odwołujący wpisał w złożonym do zamawiającego do oferty JEDZ informację, że odwołujący nie podlega wykluczeniu, mimo że podlegał wykluczeniu w postępowaniu, w którym brał udział poprzednio. Ponadto odwołujący nie wpisał w jaki sposób dokonał samooczyszczenia zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp. Przepis art. 24 ust. 8 Pzp brzmi

»Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu«.

W związku z tym zamawiający wystosował wezwanie do udzielenia wyjaśnień przez odwołującego w tym zakresie. Jednak ze względu na krótki termin dostarczenia wyjaśnień i okres urlopowy odwołujący dostarczył ogólne tłumaczenia, które nie dały zamawiającemu podstaw do uwzględnienia argumentów odwołującego i zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [...] wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów«, a przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [...] wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia«.

Odwołujący złożył odwołanie na wykluczenie podnosząc, że:

- w oświadczeniu zawartym w części III: Podstawy wykluczenia lit. C JEDZ dotyczącym lit. a był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji zaznaczył odpowiedź: „nie”, jednak odwołujący nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16 ani 17 Pzp, co zarzucił zamawiający, bo wypełniając formularz JEDZ i składając oświadczenia określonej treści posługiwał się aktualną »Instrukcją wypełniania JEDZ«, opracowaną przez Urząd Zamówień Publicznych;

- postanowienie dotyczące „winy poważnego wprowadzenia w błąd”, zdaniem odwołującego, nie dotyczy nieokreślonych w przeszłości postępowań, ale bieżącego postępowania, w którym odwołujący składa oświadczenia;
- formularzu Instrukcji UZP nie została użyta forma czasu przeszłego w sformułowaniu „był winny poważnego wprowadzenia w błąd”, ale forma czasu teraźniejszego: „nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd”, a więc tym bardziej dowodzi to odnoszenia się tylko do bieżącego postępowania;
- brak jest rubryki w części formularza JEDZ dotyczącej oświadczenia odnośnie wprowadzenia w błąd i nawet, przy założeniu, że wykonawca chciałby skorzystać z procedury samooczyszczenia, to powstaje pytanie dotyczące formy, w jakiej powinien to uczynić;
- odwołujący powołuje się na pogląd wyrażony w artykule Ewy Wiktorowskiej „Podstawy wykluczenia wykonawcy (art. 24 Pzp) (część II)”, opublikowanym w kwartalniku „Buduj z Głową” (BzG 2/2017), zgodnie z którym, „w przypadkach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, zastosowanie procedury samooczyszczenia wydaje się niezgodne ze zdroworozsądkowym myśleniem, gdyż trudno sobie wyobrazić sytuację, w której wykonawca przed złożeniem oferty w konkretnym prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zarówno wprowadził zamawiającego w błąd, jak też zdążył się samooczyścić”;
- żadna z regulacji zawartych w art. 24 ust. 7 Pzp nie przewiduje terminu obowiązywania wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp;
- wykładnia stosowania przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp powinna prowadzić do wniosku, że nie bada się zaistnienia takich zdarzeń w okresie dłuższym, niż bieżące postępowanie, zatem wykluczenie wykonawcy następuje, jeżeli zdarzenie miało miejsce w bieżącym postępowaniu, a nie w postępowaniu w przeszłości;
- zamawiający w sposób nieuzasadniony przypisuje odwołującemu zamierzone działanie i rażące niedbalstwo przy przedstawianiu informacji zawartej w JEDZ;
- sam błąd we wpisaniu w JEDZ wyrazu »nie« zamiast »tak« jest błahy.

Izba stwierdza, że stosowanie się Instrukcji UZP w zakresie wypełniania JEDZ nie zwalnia od posługiwania się doświadczeniem życiowym przez wypełniającego. Także, jak to uwypuklił zamawiający, Instrukcja nie jest aktem prawnym, a tylko wskazaniem, pomocą przy wypełnianiu. Wreszcie odwołujący nie wskazał w treści Instrukcji miejsc, z których wynikałoby, że instruujący sugerował zamieszczenie odpowiedzi »nie« zamiast »tak«.

Swoisty wywiad, którym jest JEDZ, mimo wielokrotnego użycia czasu teraźniejszego czasowników nie odnosi się tylko do jednego, bieżącego postępowania, a ogólnie dotyczy

całej sytuacji wykonawcy, który sporządza JEDZ. Podobnie często używa się czasu teraźniejszego w samej ustawie Pzp. W przypadku odniesienia się do jakiegoś konkretnego faktu stosowany jest odpowiedni zaimek wskazujący lub szczególna konstrukcja zdania.

Brak rubryki w samym formularzu JEDZ na złożenie oświadczenia o dokonaniu samooczyszczenia nie uniemożliwia złożenia takiego oświadczenia jako dodatku do formularza JEDZ czy samej oferty, a dla zaznaczenia istotności takiego oświadczenia zamówienia może wpisać odnośnik, co mimo braku miejsca w formularzu nie może być niemożliwe. Następnie zgodnie z odnośnikiem można dołączyć dowolnej wielkości oświadczenie czy dokumenty dowodzące realności przedstawionego stanowiska.

Nawet w przytoczonym artykule p. Ewy Wiktorowskiej jest odwołanie się do zdrowego rozsądku, a nie tylko do brzmienia wyjętych z kontekstu przepisów czy ich fragmentów. I w zacytowanym przez odwołującego zdaniu autorki można odczuć odniesienie się do ogólnej sytuacji wykonawcy, a nie tylko do sytuacji w danym postępowaniu, cyt. »trudno sobie wyobrazić sytuację, w której wykonawca przed złożeniem oferty w konkretnym prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zarówno wprowadził zamawiającego w błąd, jak też zdążył się samooczyścić«, czyli opinia autorki kieruje odbiorcę do co najmniej dwóch postępowań: konkretnego, prowadzonego obecnie, w którym składany jest JEDZ i uprzedniego, dotyczącego samooczyszczenia.

Ustawa Pzp jako regulująca wiele procedur, ustanawia wiele terminów. Jednak, jak wskazuje odwołujący, żaden z przepisów art. 24 ust. 7 Pzp nie odnosi się do ustalenia terminów dotyczących zdarzeń opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp i skorelowanego z tym samooczyszczeniem. Taki brak jest związany z uregulowaniem art. 24 ust. 8 Pzp, na którego podstawie wykonawca może dokonać samooczyszczenia nieomal natychmiast po zaistnieniu zjawiska powodującego konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania. Dlatego uregulowanie sztywnego terminu w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp stałoby w sprzeczności z umożliwieniem dokonania samooczyszczenia i zubażałoby zastępy wykonawców, mogących wziąć udział w postępowaniach zamówieniowych.

Pkt 16 i 17 art. 24 ust. 1 Pzp nie precyzują do jakiego okresu się odnoszą, dlatego wyciąganie wniosku, że dotyczą tylko bieżącego postępowania jest nieuzasadnione. Wprost przeciwnie do wnioskowania odwołującego, ogólne postanowienia przepisów należy także ogólnie tłumaczyć, dlatego normy te należy stosować do całokształtu działań wykonawcy, a nie tylko do działań w trakcie badanego postępowania zamówieniowego.

Odwołujący nie dowiódł, że działanie odwołującego nie było zamierzone lub nie wystąpiło u odwołującego rażące niedbalstwo wpisując, że nie podlega wykluczeniu, mimo wykluczenia w poprzednim postępowaniu (nawet po odwołaniu i badaniu sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą, która w wyroku stwierdziła prawidłowość wykluczenia). Także zaniechanie wpisania o podleganiu wykluczeniu i wpisanie przez odwołującego odpowiedzi

»nie« zamiast »tak« należy zakwalifikować jako podanie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Takie błędne wpisanie przez odwołującego wyrazu »nie« zamiast wyrazu »tak« nie jest również w rozpoznawanym przypadku błahę, bo zdaniem Izby, zamawiający badając JEDZ i ofertę musi brać pod uwagę całość zawartości treściowej tych dokumentów, a także ich poszczególnych elementy.

Ponadto odwołujący nie przedstawił dowodów na samooczyszczenie czyli na podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy, a tylko zadeklarował w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, że jest w stanie złożyć na kolejne wezwanie odpowiednich dowodów. Brak udowodnienia dokonania właściwego samooczyszczenia odwołujący usprawiedliwia daniem mu zbyt krótkiego czasu – 3 niedogodnych dni w okresie urlopowym (od piątku do poniedziałku), mimo wnioskowania do zamawiającego przez odwołującego o przedłużenie tego terminu. Jednak odwołujący nie wskazał przepisów, które miałby naruszyć zamawiający dając taki termin na uzupełnienie oferty i nie zgadzając się na przedłużenie tego terminu. Izba podkreśla, że procedury uzupełnień oferty (art. 26 Pzp) po upływie terminu składania ofert są procedurami stanowiącymi wyjątek od reguły składania kompletnych ofert przed upływem terminu składania ofert. Dlatego strony powinny podchodzić do kwestii uzupełnienia ofert w sposób bardzo ostrożny, a zwłaszcza wykonawcy wezwani do uzupełnienia ofert powinni wykorzystać pewnego rodzaju szansę i w sposób maksymalnie wyczerpujący dokonać wytłumaczeń i uzupełnień oferty w wyznaczonym terminie.

Dodatkowo Izba stwierdza, że zamawiający natykając się na uchybienia wykazane w art. 24 ust. 1 (pkt 1-23) Pzp musi wykluczyć wykonawcę bez możliwości zastosowania jakiegokolwiek innej sankcji, gdyż tak właśnie brzmi art. 24 ust. 1 wprowadzenie do wyliczenia Pzp »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się«. To wykonawca (odwołujący) powinien dowodnie wykazać, jak postępując zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp dokonał samooczyszczenia i jakie zastosował środki mające na celu zapobieżenie nieprawidłowemu postępowaniu w przyszłości.

W przypadku, gdy wykonawca podlega wykluczeniu, to nie może taki wykonawca zostać inaczej potraktowany, bo przepis nie daje możliwości, aby stopniować sankcje, a wprost przeciwnie wprowadzenie do wyliczenia art. 24 ust. 1 Pzp jednoznacznie pokazuje jeden rodzaj konsekwencji czyli wykluczenie wykonawcy, mimo różnego stopnia ciężaru naruszenia przepisów przez wykonawców. W tym przypadku zasada proporcjonalności nie ma aż tak dalekiego zastosowania, aby dawała uprawnienia jakimkolwiek podmiotowi do stopniowania wykluczenia ograniczając wykluczenie do jakiegoś zakresu np. do jednego zadania czy ograniczając wykluczenie do jakiegoś terminu. Zresztą nawet sam odwołujący

nie wyartykułował na czym miałyby polegać zastosowanie zasady proporcjonalności z art. 7 ust. 1 Pzp w rozpoznawanym przypadku wykluczenia odwołującego. Art. 7 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości«.

Dlatego Izba musi stanąć na stanowisku, że zamawiający wykluczając odwołującego postąpił zgodnie z przepisami i Izba nie może uwzględnić zarzutów odwołującego.

Jeżeli odwołujący widzi lukę w prawie, co sugerował, to w dobie obecnych enuncjacji o rychłej zmianie ustawy, odwołujący może złożyć swoje umotywowane wnioski do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z art. 154 pkt 1 Pzp, który brzmi »Prezes Urzędu [...] opracowuje projekty aktów normatywnych dotyczących zamówień«.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 oraz z 2017 r. poz. 47).

Przewodniczący: